



Recurso nº 1445/2020

Resolución nº 246/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de marzo de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. A.C.F., en representación de FISIOSYSTEM, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la licitación convocada por MAZ Mutua Colaboradora con la Seguridad Social Nº11, para contratar el *“servicio de asistencia sanitaria de fisioterapia con carácter ambulatorio en el ámbito territorial Lérida (Municipios de Balaguer, Tárrega, Les Borges Blanques), Gerona (Sant Feliu de Guíxols, Santa Coloma de Farners, Palafrugell, Gerona), Barcelona (Martorell) y Baleares (Palma de Mallorca)”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El día 4 de diciembre de 2020 fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación convocada por la M.C.S.S nº11 para contratar el Servicio de asistencia sanitaria de fisioterapia con carácter ambulatorio para la población protegida en MAZ M.C.S.S. Nº 11, en el ámbito territorial antes referido. El valor estimado del contrato es de 129.360 euros. Al anuncio de licitación se acompañaban los Pliegos que habían de regir la contratación.

Segundo. A los efectos de este recurso interesa destacar los siguiente elemtnos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

- Criterio de solvencia técnica o profesional (Anexo III):

“La presentación de una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como



máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

Criterios de selección: Certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”.

- Como criterio de adjudicación, se valora con 41 puntos lo siguiente (Anexo VIII):

“Experiencia en la prestación de un servicio de asistencia sanitaria similar al del objeto del presente procedimiento, especialista en patologías laborales, en los tres (3) últimos años.

DOCUMENTACIÓN: Deberán aportar un (1) certificado de buena ejecución emitido por centro público o privado, que acredite la prestación de un servicio similar al del objeto del presente procedimiento, especialista en patologías laborales”.

Tercero. En fecha 17 de diciembre de 2020 tiene entrada en el Registro Electrónico de este Ministerio recurso especial interpuesto por la mercantil FISIOSYSTEM, S.L, que se fundamenta en dos motivos:

- Que el anuncio de licitación vulnera la necesaria publicidad en el Diario Oficial de la UE. Entiende que se está procediendo a un fraccionamiento indebido del objeto del contrato en los términos del artículo 99.2 de la LCSP. Sostiene que por ello no ha tenido tiempo suficiente para la prepartación de su oferta.
- Que el criterio de adjudicación atinente a la experiencia resulta nulo de pleno Derecho, dado que realmente se trata de un requisito de solvencia.

Cuarto. El órgano de contratación ha presentado informe interesando la desestimación del recurso. Argumenta que no se ha producido fraccionamiento indebido del objeto del contrato y que el criterio de adjudicación se refiere a la experiencia del personal, siendo además una experiencia específica y distinta de la exigida como requisito de solvencia.



Quinto. El 25 de enero de 2021 se dio traslado del recurso al resto de licitadores para la presentación de alegaciones, sin que hayan evacuado el trámite.

En la tramitación del mismo, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) es competente para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación, en el que se recurre un acto de exclusión dictado por un poder adjudicador, como es MAZ, en su condición de Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº11, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1, en relación con el artículo 3.3.c), de la LCSP.

Segundo. El acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al tratarse del anuncio de adjudicación y los pliegos que han de regir un contrato de servicios celebrado por un poder adjudicador, cuyo valor estimado supera los umbrales establecidos en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Tercero. El recurso se interpone por persona legitimada para ello, dado que el objeto del contrato es coincidente con su objeto social (si bien con las matizaciones que haremos al tratar el fondo del asunto), mediante escrito presentado electrónicamente dentro del plazo legal y cumpliendo los demás requisitos formales exigidos (artículos 48, 50 y 51).

Cuarto. El primer motivo no puede ser estimado por dos razones:



En primer lugar, hay que indicar que en materia contractual no existe acción pública, de suerte que no puede acudir a este Tribunal por un mero interés en la defensa de la legalidad. En conexión con lo anterior se ha de añadir que no es misión de este Tribunal administrativo fiscalizar en abstracto la estrategia de contratación seguida por el poder adjudicador, de suerte que no puede indagar, más allá de lo alegado por el recurrente, en qué ámbitos territoriales actúa, con qué periodicidad licita los contratos, cuál es el concreto objeto de cada uno de ellos, etc.

La recurrente trata de salvar la anterior circunstancia (la dificultad de apreciar su legitimación) sosteniendo que la falta de consideración del contrato como sujeto a regulación armonizada no solo afecta a su publicidad del el DOUE, sino también al plazo de presentación de las ofertas, no disponiendo de tiempo suficiente para su preparación.

Lo anterior, además de que no resulta acreditado, no resulta razonable en el caso que nos ocupa, en el que la documentación a presentar es extremadamente sencilla, valorándose como criterios de adjudicación el precio, la experiencia en la prestación del servicio (a acreditar mediante un simple certificado) y la reducción de plazos para el comienzo del tratamiento. Cabe añadir que la publicación de la licitación tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2020 y el plazo de presentación de ofertas no finalizó hasta el 30 de diciembre, por lo que se otorgó un plazo mayor al mínimo de 15 días naturales previsto en el artículo 156.6 LCSP para los procedimientos abiertos no sujetos a regulación armonizada. Además, el recurso fue presentado el día 17 de diciembre, por lo que ni siquiera se decidió su interposición ante la proximidad de la finalización del plazo concedido.

En segundo lugar, a la vista de las alegaciones formuladas (único elemento que puede tomar en consideración este Tribunal) no se comparte con la recurrente que exista el fraccionamiento denunciado. El artículo 99.2 de la LCSP dispone que *“No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”*. El valor estimado del contrato asciende a 129.360 euros, muy por debajo del importe de 750.000 euros que establece el artículo 22.1.c) de la LCSP, para la sujeción a regulación armonizada.



La recurrente entiende que el órgano de contratación ha publicado otros contratos que deberían haber sido integrados en el mismo contrato que el que ahora impugna y, por tanto, su valor estimado habría superado con creces los 750.000 euros. Sin embargo, los contratos a los que alude en su recurso especial no tienen el mismo objeto que el que nos ocupa, ni guardan con él una relación tan estrecha que deba considerarse que su objeto ha sido artificiosamente dividido.

El cuadro-resumen de características del contrato del PCAP, establece que el objeto de este contrato es el siguiente: *“Servicio de asistencia sanitaria de fisioterapia con carácter ambulatorio para la población protegida en MAZ, MCSS Nº11, en el ámbito territorial de Lérida (municipios de Balaguer, Tárrega, Les Borges Blanques), Gerona (Sant Feliú de Guíxols, Santa Coloma de Farners, Palafrugell, Gerona), Barcelona (Martorell) y Baleares (Palma de Mallorca)”*.

De los contratos mencionados por el recurrente, solo uno tiene el mismo objeto (expediente 2020/A/ASC/0063) que se refiere al *“Servicio de asistencia sanitaria de fisioterapia con carácter ambulatorio para la población protegida en MAZ, MCSS Nº11, en el ámbito territorial de Cádiz, Sevilla y Badajoz, municipios de Sanlúcar de Barrameda, Puerto Real, Morón de la Frontera, Sevilla, Ubrique, Badajoz, Cádiz, Villafranca de los Barros, Écija y San Fernando”*.

Sin embargo, dado que valor estimado de 117.596,60 euros, ni siquiera licitado conjuntamente con el que nos ocupa se superarían los umbrales de la regulación armonizada.

En cuanto al resto de contratos relacionados en el escrito de recurso, es evidente que no tienen el mismo objeto, puesto que no se trata de servicios de fisioterapia sino de otro tipo de servicios como cirugía o asistencia sanitaria ambulatoria y hospitalaria. De hecho, los códigos del vocabulario común de contratación pública CPV de estos contratos no coinciden con los del contrato recurrido como pretende la recurrente. Si bien es cierto que en la publicación de todos ellos uno de los códigos CPV que se indican es el 85100000 (servicios de salud), se trata éste de un código general y siempre se añade, además, uno específico del tipo de servicio de salud que se pretende contratar. Por ejemplo, en la



publicación del contrato aquí recurrido se especifica el código CPV 85142100 (servicios fisioterapéuticos), mientras que en la publicación de un contrato de servicios de asistencia sanitaria de carácter hospitalario, además del indicado código CPV general 85100000 (servicios de salud), se especifica el código CPV 8511000 (servicios hospitalarios y servicios conexos).

Quinto. La siguiente pretensión va a ser, sin embargo, estimada.

Como decíamos, la recurrente sostiene que se está valorando como criterio de adjudicación lo que ya consta en el pliego como requisito de solvencia. Por su parte, el órgano de contratación defiende que mientras que el requisito de solvencia se refiere a servicios similares a los que son objeto del contrato (fisioterapia), el criterio de adjudicación se refiere más específicamente a la especialidad de fisioterapia en patologías laborales, siendo que esta característica se valora en el personal adscrito a la ejecución del contrato y no de la licitadora en abstracto.

A criterio de este Tribunal, el órgano de contratación trata de salvar el error cometido en los pliegos, que se evidencia de la mera lectura de los antecedentes de esta resolución, mediante una interpretación de los mismos más adecuada a la norma y a la doctrina que la interpreta, pero que se escapa del tenor literal de los mismos.

Es cierto que desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13, de 26 de marzo de 2015, el criterio del de dicho órgano jurisdiccional varió y se consideró que en ciertos tipos de contratos sí cabía la consideración de la experiencia como criterio de adjudicación. El considerando 94 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, señala lo siguiente: *“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el*



personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad"

El artículo 69 de la norma citada plasma esta idea como obligatoria e incluye entre los criterios de adjudicación *"b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato"*. Esta es la misma redacción que se contiene en el artículo 145.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, antes reproducido, si bien en esta se hace referencia a una afectación significativa *"a su mejor ejecución"*.

En efecto, el artículo 145 de la LCSP dispone, en lo que a efectos de este recurso interesa, lo siguiente:

1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

(...)

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

(...)

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución".



Por su parte el apartado 5º dispone que

“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

Pues bien, en el presente caso la experiencia exigida por el pliego no se estima ajustada a Derecho. De su lectura no resulta posible interpretar, como hacer el órgano de contratación en su informe, que se esté refiriendo a la experiencia del personal adscrito al contrato, y ello por las siguientes razones:

- El tenor literal del anexo se refiere a la *“Experiencia en la prestación de un servicio de asistencia sanitaria similar al del objeto del presente procedimiento, especialista en patologías laborales, en los tres (3) últimos años”*. Se refiere a la prestación del servicio en su conjunto, sin mencionar al personal y, además, el servicio debe ser similar al que es objeto del procedimiento, que precisamente se refiere a la asistencia sanitaria de fisioterapia para trabajadores de empresas asociadas a la mutua.



- Lo anterior se corrobora si se atiende al método tendente a la acreditación del requisito, estableciendo el pliego que *“Deberán aportar un (1) certificado de buena ejecución emitido por centro público o privado, que acredite la prestación de un servicio similar al del objeto del presente procedimiento, especialista en patologías laborales”*. Es evidente que el certificado de buena ejecución no se refiere a la experiencia del personal o de los doctores que se vayan a adscribir a la ejecución del contrato, sino que se refieren a la empresa en su conjunto.

Además de lo anterior, la cláusula en su conjunto se entiende por completo desproporcionada (artículo 145.5, letra b). Si se aporta el certificado se obtienen 41 puntos y, si no se aporta, se obtienen cero puntos. Es decir, se formula en términos binarios. Sin distinguir entre el número de empleados adscritos a la ejecución que cuenten con la experiencia exigida, de suerte que, de facto, disponer de la misma se constituye en un requisito de acceso a la licitación.

Es por ello que la cláusula debe ser anulada, retrotrayéndose el procedimiento al momento de la aprobación de los Pliegos para que, por el órgano de contratación, se sustituya por otra ajustada a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.C.F., en representación de FISIOSYSTEM, S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la licitación convocada por MAZ Mutua Colaboradora con la Seguridad Social Nº11, para contratar el *“servicio de asistencia sanitaria de fisioterapia con carácter ambulatorio en el ámbito territorial Lérida (Municipios de Balaguer, Tárrega, Les Borges Blanques), Gerona (Sant Feliu de Guíxols, Santa Coloma de Farners, Palafrugell, Gerona), Barcelona (Martorell) y Baleares (Palma de Mallorca)”*; anulando el criterio de adjudicación atinente a la experiencia y retrotrayendo el procedimiento al momento de la aprobación de los pliegos a fin de que pueda ser subsanado.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.